



Roj: **STS 3368/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3368**

Id Cendoj: **28079140012014100388**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/06/2014**

Nº de Recurso: **2098/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 2815/2013,**  
**STS 3368/2014**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Junio de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de SUITE TAURITO, S.A., contra sentencia de fecha 1 de marzo de 2013 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas, en el recurso núm. 1539/12, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia de fecha 29 de marzo de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 8 de Las Palmas de Gran Canaria, en autos núm. 116/2012, seguidos por DON Nazario frente a SUITE TAURITO, S.A., sobre reclamación de modificación de condiciones de trabajo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 29 de marzo de 2012 el Juzgado de lo Social dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: : "Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por Nazario contra SUITE TAURITO SA, por modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y debo declarar y declaro nula la modificación operada en relación a la jornada, condenando a la empresa a que reponga en las anteriores condiciones de trabajo al actor, en concreto a su jornada continuada de 8 a 16 horas de domingo a jueves ."

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"1.- La parte actora presta sus servicios para la empresa demandada desde 14-10-2002, con categoría de jefe de partida y salario de 64'03 euros días (indubitado).

2.- El actor estaba en situación de excedencia desde enero del 2007. Antes de la excedencia tenía una jornada continuada de 8 a 16 horas de domingo a jueves (testifical del Sr. Teodoro ).

3.- El actor se reincorporó en fecha de 28-01-2012 con una jornada partida de 10 a 14 horas y de 18 a 22 horas y días libres los que se fijan en el cuadrante. (no negado y d.1 de la actora).

4.- Todos los trabajadores de cocina tienen jornada continuada. (testifical Don. Teodoro y Sr. Carlos Daniel ).

5.- El actor se dedica desde su reingreso a la preparación de frutas y verduras y elaboración de pizzas.(testifical del Sr. Alexander y Sr. Baldomero ).

6.- El resto de los Jefes de partida realizan también las mismas tareas del actor así como cocinar (testifical del Sr. Baldomero ).



- 7.- El actor no cocina en la actualidad. Según su superior la razón es que tarda un poco más en realizar su trabajo (testifical del Sr. Baldomero y Sr Alexander ).
- 8.- El actor vive en MASPALOMAS y el centro de trabajo está en MOGAN (no negado).
- 9.- El actor tiene dos hijos menores de edad nacidos el NUM000 -2007 y NUM001 -2009 ( d.7 y d.8 de la actora).
- 10.- Su compañera trabaja en Maspalomas con un horario de 9'30 a 14'30 y de 19'15 a 22'15 horas de lunes a domingo (d.6 de la actora).
- 11.- El comité de empresa en fecha de 16-02-2012 comunicó a la demandada su desacuerdo con la situación del actor desde su reincorporación (d.3 del actor)".

**TERCERO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de SUITE TAURITO, S.A., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas, la cual dictó sentencia en fecha 1 de marzo de 2013 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por SUITE TAURITO S.A. contra la Sentencia 000226/2012 de 29 de marzo de 2012 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 8 de Las Palmas de Gran Canaria sobre Modificación condiciones laborales, la cual confirmamos íntegramente. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, a las que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme. Se condena en costas a la parte recurrente Suite Taurito SA al pago de los honorarios del Letrado de la parte impugnante (actora) y que se calculan en 600 €".

**CUARTO.-** Por el Letrado Don José Miguel Llamas Bravo, en nombre y representación de SUITE TAURITO, S.A., se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, de fecha 26 de marzo de 1994, recurso núm. 1244/92 .

**QUINTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 28 de noviembre de 2013 se procedió a admitir el citado recurso y, no habiéndose personado la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de que debe ser desestimado por falta de contradicción. Instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de junio de 2014, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** 1. La cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar el alcance del derecho a la reincorporación de un trabajador en excedencia voluntaria. Más en particular, se trataría de decidir si ese reingreso, previsto obligatoriamente para el empresario, sin condicionarlo a la existencia de vacante ("... será inmediato al término del período de excedencia...") en la disposición convencional de aplicación (el art. 33 del Convenio Colectivo de Hostelería de Las Palmas de Gran Canaria : BOP 12-12-2008), debe o no respetar el mismo horario de trabajo que el actor tenía antes de producirse la excedencia.

2. Como antecedentes de hecho, conviene señalar que el actor, Jefe de partida en la empresa hostelera, al tiempo de obtener la excedencia voluntaria en enero de 2007 tenía jornada continuada de 8 a 16 horas y cuando se reintegró en enero de 2012 la empresa le fija una jornada partida de 10 a 14 y de 18 a 22 horas. La sentencia recurrida, dictada por la Sala del TSJ de Canarias/Las Palmas el 1 de marzo de 2013 (R. 1539/12 ), confirma la sentencia de instancia y condena a la empleadora a reintegrarle en la jornada que el actor realizaba antes de su excedencia. La Sala, al aplicar el precepto convencional citado, considera que la reincorporación automática e inmediata del excedente voluntario, sin vincularla a la existencia de plaza vacante, asemeja la situación a la de la excedencia forzosa e incluye que deba producirse en las mismas condiciones anteriores, sin perjuicio de que la empresa, dando cumplimiento a las exigencias legales ex art. 41 del Estatuto de los Trabajadores , pudiera proceder a su modificación.

3. Como sentencia de contraste a fin de viabilizar el recurso, la empresa recurrente invoca la dictada el 26 de marzo de 1994 por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía/Málaga, en el recurso de suplicación 1244/1992. Se trataba en ella de la aplicación del art. 13 del Convenio Colectivo de Hostelería a la sazón vigente, presumiblemente de la Provincia de Málaga, en la empresa recurrente (Hotel Málaga Palacio SA), que, según nos informa la propia sentencia, "amplía" los derechos de los trabajadores afectados pero sólo en la forma que expresamente contempla y las excepciones, al entender de la Sala, deben interpretarse en sentido estricto, esto es, ni extensiva ni restrictivamente. La referida ampliación se refiere, y tal debe ser la redacción del Convenio aplicable, a que "la empresa tendrá la obligación de dar ocupación efectiva en su plaza



en la fecha solicitada", o sea, en el caso de autos, en la plaza de Jefe de Recepción, pero no necesariamente en el mismo horario de trabajo desempeñado antes de pasar voluntariamente a disfrutar de la excedencia. La sentencia referencial, partiendo de que la empresa viene adjudicando el servicio de noche al empleado últimamente incorporado, entiende que debe respetarse esa práctica colectiva, cuyo cambio actual perjudicaría sin causa a otro trabajador y obligaría a la empresa a reajustes de personal, siempre delicados. "Otras cosa sería [puntualiza literalmente] si se tratara de un puesto de trabajo con numerosas plazas, incluso con vacantes a cubrir, pero al tratarse de puestos de jefatura se ha de intentar que las situaciones beneficiosas para un trabajador no causen perjuicio a otro u otros salvo que sean inevitables".

4. Como se trata de la falta de concurrencia de un requisito de procedibilidad del recurso, que se establece por una norma de orden público, cuya inobservancia puede ser apreciada en este momento, incluso de oficio, procede examinar en primer lugar si se cumple o no el requisito de la contradicción que actualmente exige el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Conviene recordar la doctrina de esta Sala en la materia, que, aún referida al 217 de la antigua LPL, de análoga redacción al precepto hoy vigente, puede sintetizarse de la siguiente manera: "es conocida por reiterada la doctrina de esta Sala en relación con el requisito de la contradicción que exige el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral entre la sentencia que se impugna y otra de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Según ella, la contradicción *"requiere no solo que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos, sino que estos recaigan ante controversias esencialmente iguales; porque la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales"* (sentencias, entre otras muchas, de 27 y 28-1-92, R. 824/91 y 1053/91; 18-7, 14-10 y 17-12-97, R. 4067/96, 94/97 y 4203/96; 17-5 y 22-6-00, R. 1253/99 y 1785/99; 21-7 y 21-12-03, R. 2112/02 y 4373/02; 29-1 y 1-3-04, R. 1917/03 y 1149/03; y 28-3-06, R. 2336/05).

Por esa razón, el término de referencia en el juicio de contradicción, ha de ser necesariamente *"una sentencia que, al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente"* y, por ello, la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate ha sido planteado en suplicación (SSTS 13-12-91, R. 771/91; 5-6 y 9-12-93, R. 241/92 y 3729/92; 14-3-97, R. 3415/96; 16 y 23-1-02, R. 34/01 y 58/01; 26-3-02, R. 1840/00; 25-9-03, R. 3080/02; y 13-10-04, R. 5089/03; entre otras). De otro lado, la Sala ha señalado con reiteración que los fundamentos que han de compararse no son los de las sentencias, sino los de las pretensiones y resistencias de las partes (SSTS 25-5-95, R. 2876/94; 17-4-96, R. 3078/95; 16-6-98, R. 1830/97; y 27-7-01, R. 4409/00; entre otras)".

5. La aplicación de la anterior doctrina al caso de autos nos muestra que las sentencias comparadas no son contradictorias en los términos requeridos por el artículo 219 de la LRJS para la viabilidad del recurso que nos ocupa, pues los hechos y fundamentos de las pretensiones ejercitadas no son sustancialmente idénticos.

Así, en la sentencia de contraste consta una circunstancia fáctica relevante, enraizada sin duda en la resistencia empresarial a la pretensión actora, cual es la existencia de una "práctica colectiva" que consistía en que al trabajador que se incorporaba en último lugar se le adjudicaba el servicio de noche, que no aparece en absoluto en la sentencia recurrida y que, además de obligarnos a descartar la contradicción, tal como sostiene con acierto el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, también parece justificar la correcta solución, pese a ser diferente, dada por las dos resoluciones sometidas al juicio de identidad.

6. A esa diferencia sustancial pueden añadirse, como dice la sentencia TS 19-12-2008 (R. 881/08), y reitera la de 3-12-2009 (R. 1159/09), que cuando se trate de la aplicación e interpretación de disposiciones que, además de distinta formulación, se insertan en contextos normativos que también resultan diferentes, "como regla general", la contradicción no podrá apreciarse "cuando las pretensiones formuladas en los correspondientes procesos que han dado lugar a las sentencias comparadas se fundan en normas distintas", porque en estos casos no cabe apreciar "la identidad de las controversias", ya que "se produce una diferencia relevante en el elemento jurídico de la pretensión, que no puede salvarse a través de meras semejanzas de redacción" y "es así, porque la interpretación de las normas y, en particular la de los convenios colectivos, no puede limitarse a la consideración literal de un precepto aislado, sino que tiene que ponderar otros elementos en el marco de una interpretación sistemática del conjunto de la disposición y de la finalidad perseguida por la misma, teniendo en cuenta sus antecedentes históricos, la realidad social de su aplicación o la actuación de los negociadores en el convenio colectivo". Añade la sentencia citada en primer lugar que "estos elementos son de muy difícil, si no de imposible, coincidencia en dos normas distintas, por lo que hay que concluir en principio que no cabe apreciar la contradicción en las sentencias que resuelven sobre pretensiones fundadas en normas distintas y sólo excepcionalmente podrá aceptarse la contradicción cuando quede justificada la identidad de las regulaciones con el alcance precisado, es decir, no sólo consideradas en su redacción, sino también en el marco de los elementos relevantes de interpretación, siempre que ello sea necesario".



Parece claro que esta exigencia no se ha cumplido con plenitud en el presente caso, pues el recurrente se ha limitado a comparar (sin siquiera establecer con claridad la obligada relación precisa y circunstanciada de la contradicción, pues no identifica con la necesaria certeza la norma convencional aplicada por la sentencia referencial, y, por ello, nosotros hemos de limitarnos a analizarla en los limitados términos que nos describe la propia resolución de contraste) los preceptos que parecen regular la institución de la excedencia voluntaria, sin analizar el conjunto de las regulaciones convencionales en cuestión, cuando en los convenios en liza sin duda habría otras normas que podrían configurarse como contrapartidas en la materia. Estas deficiencias determinan, además, que no se haya acreditado la existencia de contradicción, pues no costa que el convenio aplicable en la referencial tuviera una regulación sustancialmente igual que el de la sentencia recurrida.

7. De cuanto antecede se deriva que el recurso no debió admitirse a trámite por falta de contradicción de las sentencias comparadas, defecto que en este momento procesal justifica su desestimación. Sin que haya lugar a la imposición de costas por no haber comparecido el trabajador como parte recurrida.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación de SUITE TAURITO, S.A., frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas, dictada el 1 de marzo de 2013, en recurso de suplicación núm. 1539/12, iniciados en el Juzgado de lo Social núm. 8 de Las Palmas de Gran Canaria, en autos núm. 116/12, a instancias de D. Nazario . Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.